--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil trece, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“E., C. J. c/ L., N. s/ Régimen de comunicación” (Expte. 316 - Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 163.---------- ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez contestó:----------

------I.- Promovida demanda tendiente a la fijación de un régimen de comunicación paterno - filial, tras la tramitación de rigor la Señora Jueza de Primera Instancia pronunció sentencia desestimatoria basa en las siguientes consideraciones: ----------

----A) al establecer un régimen de comunicación corresponde armonizar los intereses de padre e hijo, mas cuando hay colisión entre ellos deben prevalecer los del niño por ser la parte más débil y necesitada de protección.- ----------

----B) la suspensión de la comunicación entre progenitor e hijo constituye una privación temporal de las relaciones personales que puede ser debida a diversas causas, entre ellas la falta de un “habitat” adecuado para desarrollar los contactos.- ----------

----C) en esta especie los profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario han informado que la Alcaidía Policial donde el padre actor se halla alojado cumpliendo pena privativa de la libertad no es el lugar apropiado para el acceso de un niño de tres años, pues se trata de un espacio nada afable para el desarrollo evolutivo del menor, limitará su autonomía e independencia y, sumado a la revisión física obligatoria antes del ingreso a la institución, formarán condicionantes negativos para que niño y padre puedan desplegar sus vínculos.- ----------

----D) tampoco es posible fijar un régimen de comunicación a ser desarrollado en el domicilio de la madre del actor o en el Servicio Social de la Defensa Pública, cual fuera solicitado en subsidio, toda vez que la magistrada “a quo” carece de facultades para disponer salidas de la Alcaidía por parte del interno, resultando competente a esos efectos únicamente el Juez de Ejecución de la Pena.- ----------

----II.- Tal decisorio fue apelado por el actor perdidoso, quien para fundar su recurso, en síntesis, expuso: ----------

----1) Con la sentencia no resultan protegidos los intereses del niño, al que se priva de contactos con su padre.----------

----2) Al concluir la magistrada que la Alcaidía no es un lugar apto para las visitas olvidó que el menor es sujeto de derechos, colocándolo en situación de objeto de protección.-

----3) Ante la violación o amenaza a los derechos del niño, la ley nacional prevé para enfrentarlas las medidas de seguridad, constituidas por programas de ayuda y apoyo económico, de modo que frente a las deficiencias de la Alcaidía la jueza tenía la

obligación de hacer cumplir las leyes disponiendo que el establecimiento penitenciario brinde un lugar apto para los encuentros. Al efecto, contaba con las facultades que le otorgan los arts. 58 y 59 de la Ley III n° 21. ----------

----4) De acuerdo al art. 11 de la Ley 26.061, los niños tienen derecho a la preservación de sus relaciones familiares, de modo que aunque a la magistrada no le gusten las condiciones de la Alcaidía no puede prohibir los contactos paterno - filiales violando el orden jurídico.----------

----5) La jueza no ha mencionado ninguna norma jurídica en su fallo, cayendo así este en la arbitrariedad y constituyéndose su autora en legisladora pues ha creado una norma nueva.- ----------

----III.- Notable esfuerzo ha desplegado el recurrente en la impugnación del fallo, mas considero que el éxito no coronará sus afanes, pues, en mi concepto, los argumentos expuestos no logran conmover la estructura del decisorio.----------

----Comencemos por la censura de arbitrariedad fundada en la ausencia de citas legales en la sentencia. Cual ya decidiéramos en supuestos idénticos, ni por asomo dicha circunstancia da lugar a la tacha de arbitrariedad, porque no cabe alegar que la sentencia carece de fundamentos cuando de su texto se desprende inequívocamente la disposición aplicada (confr.: C.S.N., Fallos 277:310; C.N. Com. Sala “C”, L.L. 156-662; esta cámara en su composición de sala única c. 11.425 S.D.L. 4/95, c. 11.556 S.D.L. 41/95, c. 12.022 S.D.L. 106/95; éste tribunal por su Sala “A”, c. 13.091 S.D.C. 23/98, c. 578/09 S.D.C. 27/09). Destaco que aun en jurisdicciones en que la fundamentación de la sentencia en el texto expreso de la ley es requisito constitucional y cuentan con un recurso extraordinario específicamente previsto para atacar los pronunciamientos judiciales por ese defecto (v. gr. el art. 159 de la Const. de la Prov. de Bs. As. y art. 296 de su C.P.C.C.), se ha concluido lo expuesto, declarándose que cuando por las modalidades del decisorio puede ser individualizado el precepto legal al que se refiere sin citarlo expresamente, no existe causa bastante para descalificar el fallo (confr.: S.C.B.A., Ac. y Sent. 1977-I-94, 1978-I-446 y 495, 1978-III-777). Y en esta especie las disposiciones que actuó la Señora Magistrada “a quo” son claramente identificables.- ---

----IV.- Por cierto que tanto la normativa supranacional, como la argentina y la provincial consagran, como parte del derecho a la identidad, el de los menores a preservar sus relaciones de familia (arts. 8 inc. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, 11 párr. 1° de la Ley 26.061, 15 de la Ley III n° 21). Pero aun en ese marco y pese a constituir la regla que el niño separado de uno de sus padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ese progenitor, el propio dispositivo jurídico de la Convención Internacional citada prevé una importante excepción: “salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9 inc. 3° “in fine”).----------

----La primacía del interés superior de los menores es hoy la línea directriz de toda la legislación en la materia, el haz de luz que ha de iluminar todo razonamiento en estas cuestiones y el espíritu que debe alentar la totalidad de las medidas concernientes a

niños a ser adoptadas (arts. 3 inc. 1°de la convención citada y 6 de la Ley III n° 21, pto. 2 inc. “g” de la Reglamentación de dicha ley, Anexo I del Dec. 1.631/99). El diáfano concepto de “interés superior del niño” nos la aporta el art. 3 de la Ley 26.061: la máxima satisfacción, integral y *simultánea* de los derechos y garantías. He puesto énfasis en la calidad de *simultánea* porque esos derechos y garantías son “interdependientes, indivisibles”, a tenor del art. 2 párrafo final de la ley nacional citada, debiendo ser evitada su jerarquización o priorización por formar ellos elementos indisociables, que no pueden ser actuados por separado, sin atender a su repercusión en otros aspectos (pto. 2 inc. “c” de la Reglamentación de la Ley III n° 21, Anexo I del Dec. 1.631/99).- ----------

----Y en la evaluación equilibrada de todos esos elementos integrantes del concepto apuntado en este caso han de ser tenidos muy en cuenta el derecho a la salud -que el niño ha de desfrutar en el más alto nivel posible- y a desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidad al máximo (arts. 24 inc. 1° y 29 inc. 1° apdo. “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño), que no pueden ser desjerarquizados para dar prioridad absoluta al derecho a los contactos con el padre. ----------

----Recordaré con la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que, desde luego, la determinación del interés superior del niño debe ser hecha a partir de la evaluación de circunstancias específicas y si bien en ello no hay lugar para riesgos especulativos o imaginarios, sino acreditados (27/4/2012, en la causa “Fornerón e hija vs. República Argentina”, Serie c-242, en www.corteidh.gr.cr), en el subexamen existe prueba acabada del impacto negativo que sobre el menor tendría mantener contacto con su padre en el ámbito de la Alcaidía Policial donde el último se halla alojado.----------

----Debo traer aquí a colación el terminante informe del Equipo Técnico Interdisciplinario obrante a fs. 71: “la Alcaidía no sería un ámbito apropiado para un niño de 3 años, por no ser éste un espacio afable y adecuado a su desarrollo evolutivo, que limitaría su independencia y autonomía, y que sumado a la revisación física antes de ingresar a la institución, serían condicionantes para que padre e hijo puedan desplegar sus vínculos y relaciones, en un marco de intimidad que haga posible el fortalecimiento de la díada”. Nada de las restantes constancias de autos ni de los principios lógicos y las máximas de experiencia constitutivos de las reglas de la sana crítica me conducen a separarme de ese dictamen pericial (art. 481 C.P.C.C.).----------

----En tal conclusión no influye que el contacto del progenitor con el menor habido, por excepción, en la sede de esta Cámara haya discurrido por carriles más o menos aceptables (fs. 149 y 154), pues no son esos acercamientos lo perjudicial para el niño sino el lugar donde deberían desarrollarse habitualmente en lo futuro.----------

----Así pues, admitir la suspensión temporal de los contactos paterno - filiales no constituye en el caso sub examen una “violación del orden jurídico” como pretende el apelante, sino el acatamiento de él, por doloroso que sea, en tanto significa priorizar el interés superior del niño, quien muy probablemente podría verse afectado en su salud

psíquica y en el desarrollo de su personalidad ante un ámbito hostil para las relaciones con su padre y un notorio desdibujamiento de la imagen nutricia de éste, sometido a los estrictos controles habituales y necesarios para con un recluso y extensivos al menor al ser obligado el mismo a revisiones físicas previas a la visita, así como limitado severamente en sus actividades, incluso lúdicas, en el espacio.- ----------

----V.- Capítulo aparte merece le sea dedicado al agravio relativo a la pretendida facultad de la jueza del grado precedente de disponer que el establecimiento penitenciario brinde un lugar apto para los encuentros de padre e hijo u ordenar para el penado salidas que le permitieran contactos externos con el niño, todo en el marco de las medidas de protección previstas en los arts. 58 y 59 de la Ley III n° 21.----------

----Es exacto que las mentadas normas -en plena consonancia con las disposiciones de los arts. 27 inc.3, 28 inc. 1 y 33 de la Convención Internacional de marras, con los arts. 5 párr. 2° e incs. 3° y 4°, 14, 15, 34, 35 y 37 de la Ley Nacional 26.061, así como con los arts. 56 y 59 del Anexo I del Dec. 1.631/99- contemplan diversas medidas de aseguramiento de derechos. Pero repasemoslas a fin de determinar su vinculación con la situación del caso. Ellas son: a) orientación a los padres; b) orientación, apoyo y seguimiento temporal al niño; c) inscripción y asistencia de éste a un establecimiento educativo; d) inclusión del menor en programas de asistencia y apoyo; e) tratamientos médicos; f) incorporación a programas de atención a drogadicciones; y g) albergue transitorio en establecimientos con vistas a la integración del niño a núcleos familiares alternativos. Ninguna de las así previstas tiene la menor vinculación con las circunstancias de la especie, esto es con lo inadecuado del lugar de prisión del padre para el mantenimiento de contactos del mismo con su hijo menor.- ----------

----Tampoco alguna de ellas autoriza a la magistrada en cuestiones de familia a invadir la jurisdicción del Juez de Ejecución de la Pena (art. 399 C.P.P.), único facultado para disponer posibles salidas del establecimiento carcelario del penado y determinar bajo cuáles condiciones. Aquí la falta de competencia sería palmaria.- ----------

----Tocante a la supuesta potestad de la jueza de familia de disponer que el establecimiento penitenciario brinde un lugar apto para los encuentros de padre e hijo, corresponde puntualizar que resultaría imposible condenar al Estado Provincial a adoptar medidas de ese orden en esta causa entre particulares, en la que no ha sido parte, toda vez que ello implicaría la manifiesta quiebra del principio de congruencia en cuanto a los sujetos de la litis (art. 34 inc. 4° y 165 inc. 6° C.P.C.C.) y el grosero quebrantamiento del derecho constitucional a la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac. y art. 44 Const. Prov.).- ----------

----Por otro lado, ordenar el juez, en este caso concreto, la acción que debe llevar a cabo el Poder Ejecutivo Provincial sería interferir en una decisión de política que compete a los órganos políticos, sustituyendo a la Administración en el ejercicio de funciones y competencias constitucionales que le son propias, incurriendo así en notorio exceso de jurisdicción, por tratarse de cuestión de oportunidad y mérito (confr.: Cám.

Apel. Civ. y Com. Comodoro Rivadavia, Sala “A”, *in re* “González L. P. s/ medida cautelar”, c. 460/09, S.I.F. 217/09) y, por ende, no justiciable, visto que no es a los magistrados judiciales a quienes la Constitución Nacional encomienda la satisfacción del bienestar general (confr.: C.S.N., Fallos 25:53, 300:1282, 301:1771 y J.A. 2002-IV-466/473). Como principio general no le corresponde al Poder Judicial imponer políticas cuyo diseño e implementación atañe a otros Poderes del Estado, por cuanto ello entrañaría inmiscuirse en cuestiones claramente no judiciables, ciñéndose en cambio su función, una vez establecidas tales políticas por quienes vienen facultades por la Carta Magna para ello, a garantizar que las mismas no obstaculicen la eficacia de los derechos constitucionales (confr.: C.S.N., 3/5/05, en autos “Verbitsky, H. s/ habeas corpus”, elDial - AA29AF).----------

----Cabe añadir todavía, aunque sea “obiter dictum” y como prevención para ulteriores casos, que inclusive frente a demanda contra el Estado y por la vía procesal adecuada -por caso, la del amparo-, las facultades judiciales vienen acotadas, ya que situaciones distintas es posible se presenten en cada caso ocurrente. Circunstancia diferente es que no exista determinada una política estatal en determinado ámbito -y, es obvio, no corresponde establecerla a un juez- o que, por el contrario, ella esté fijada por el Poder Estatal competente, contando la administración con una estructura diseñada para la protección de ciertos derechos y dotada de fondos para llevarla a cabo. Este último supuesto es el que la teoría constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica denomina de las “protective structures”, ante el cual el juez sí puede disponer la medida conducente a la concreción del derecho en disputa, porque el alcance del que debe ser protegido no está en función, ni siquiera, de la cantidad de recursos disponibles, sino de la capacidad de la estructura estatal establecida para ese propósito (confr.: Supreme Court of de United States, en autos “DeShaney *Vs*. Winnewbargo County Department of Social Services”, 389 U.S.189 [1989], voto de los jueces Brennan, Marshall y Blackmun, vid en Rodsen - Sajó, “Comparative Constitunalism”, Ed. Thomson - West, St. Paul 2003, págs. 1260/63).- ----------

----VI.- Por todo ello concluyo que la sentencia apelada debe ser confirmada en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 69 C.P.C.C.), regulando los honorarios del Dr. R. E. N., por sus labores de alzada y atendiendo a le extensión, calidad y resultado de ellas, en la suma de $ 3.265 (arts. 59 de la Ley V n° 90, 5, 6 bis, 7 párrs. 1° y 4°, 8, 13, 29 de la Ley XIII n° 4).- --------

----Voto pues en esta cuestión por la AFIRMATIVA.- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Sala A, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

--- Ingresando al tratamiento de las cuestiones esenciales para la correcta resolución del sub lite, he de manifestar liminarmente que el lente desde el que se habrá de enfocar la resolución de esta causa habrá de ser, como no podía ser de otra manera, el del interés superior del niño, dado que la resolución de la causa involucra a un menor de escasa edad, cuyo bienestar es la piedra de toque de lo que se decida. ----------

--- Como esta Sala resolviera en anterior decisorio, lo fundamental, al momento de resolver la cuestión sub lite es tener en cuenta el interés superior de los niños que se encuentran involucrados en esta disputa (art. 1,3 y cctes, Ley 26061 y cfr. Cám. Apelaciones Trelew, Sala A, 15/12/2009, “V. R. O. c/ R. A. C. s/ Tenencia” (Expediente: 220/2009), voto Dres. López Mesa y Ferrari).----------

--- Respecto de este principio cabe recordar que “El principio de sustentación de los derechos es el interés superior del niño, según el art. 1 de la ley 26.061, definido en su art. 3 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos" en la ley. Lo puntualiza el mismo artículo cuando se refiere a aquello cubierto por el deber de respeto: la condición de sujeto de derecho de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración, el pleno desarrollo personal de sus derechos en el medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común, su centro de vida (el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas, la mayor parte de su vida). Está dispuesto que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños o adolescentes y otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros” (MÉNDEZ COSTA, María J. - MURGA, María Eleonora, “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Encuadre internacional latinoamericano y provincial argentino”, LA LEY 2006-A, 1045).----------

--- Jurisprudencialmente se ha dicho que la necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio (CSJN, 28/8/07, “S., L. E. c. Diario El Sol”, en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. V, p. 1097, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo).----------

--- El principio rector del interés superior del niño obliga a buscar una solución integral respecto a la problemática que los menores presentan, desde los parámetros fijados en la ley 26.061. De esta forma, deberá establecerse un control judicial para verificar el pleno respeto por los derechos y garantías de los menores (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” (causa n° 7537), voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los

Dres. Tragant y Righi, en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, cit, t. V, p. 1097).----------

--- Y nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades” (C. Nac. Casación Penal, Sala 3ª, 11/12/07, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” (causa n° 7537), voto de la Dra. Angela Ester Ledesma, al que adhirieron los Dres. Tragant y Righi. en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, cit, t. V, p. 1098, con cita de Cilero Bruñol, Miguel: El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en AA. VV. “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, citado, p. 77).----------

--- El primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1.— impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a la infancia estriba en satisfacer las necesidades de aquél del mejor modo posible para la formación de su personalidad (CSJN, 17/4/07, “Antinao, Celia c. D. C., M. A. - D., G. N.”, en DJ 2007-2, 548, voto en disidencia del doctor Fayt).---------- ----------

--- A ello deben sumarse otras pautas extraídas de otros fallos de la CSJN: ----------

----a) el interés material y moral de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación (Corte Sup., 1/6/04, “Q., M. J. y otros v. C., J. y otros”, JA 2004-IV-754); b) La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres (Corte Sup., 13/3/07, “A., F.”, JA 2007-III-48, voto del Dr. Maqueda); y c) Pero es claro que el alcance del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño es el de priorizar el "interés superior del niño" en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles; no, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés (Corte Sup., 3/4/01, “S., V. v. M., D. A.”, voto en disidencia del Dr. Petracchi).----------

--- Por todo, ello es doctrina legal vigente que, si se llegase al extremo de que los derechos de los padres y el interés superior del niño estuvieran en conflicto, se ha sostenido en un brillante artículo que el interés del niño puede motivar legítimamente la limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de sus padres (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 18/9/08 in re “S., L. M. c/L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008) e ídem, 15/12/2009, “V. R. O. c/ R. A. C. s/ Tenencia” (Expediente: 220/2009), voto Dr. López Mesa, con cita de COURTIN, Christine, "L'intérêt de l'enfant et les droits et libertés fondamentaux des parents”, en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 422).---------

--- Explicitado el prisma u hontanar desde el que habrá de analizarse esta causa, es dable indicar seguidamente que la tacha de arbitrariedad, que pretende apoyarse en la ausencia de citas legales en la sentencia de grado, carece de andamiento, así formulada. ----------

--- Es que, por sobre la explicitación de un número de norma, debe analizarse si el fundamento legal está implícito o no en la resolución cuestionada y si esta implícita referencia permite al justiciable averiguar cuál es el fundamento real de la decisión. Si ello es así, bastaría para tener por adecuadamente fundado un decisorio, pues por sobre la explicitación nominal o expresa de una norma, lo que se busca con la exigencia de motivación es que el decisorio no se base en el capricho del magistrado.----------

---Y así como la cita de normas, por el contrario, tampoco lleva inexorablemente a tener por suficientemente fundado un decisorio, cual es doctrina legal vigente inveterada de la CSJN, tampoco la falta de citas desequilibra automáticamente al pronunciamiento y lo expone a ser derribado.----------

--- En el caso que nos convoca, no hay que ser un augur ni un maestro del derecho, para darse cuenta de la lectura de la resolución en crisis que ella se funda en el principio del interés superior del niño, de larga prosapia y recepción constitucional y legal en nuestro país, por conducto de la reforma de la Constitución de 1994 y de la sanción de normas como la ley nacional 26.061 y Ley provincial Nro. III, Nro. 21, art. 6.-

--- Solamente un desorientado podría discutir o no darse por enterado que, desde hace varios años, el principio del interés superior del niño rige majestuosamente a todo lo ancho y largo del foro, específicamente en todas aquellas cuestiones que involucren a menores. ----------

--- Y la supremacía de ese principio campea claramente en la resolución cuestionada, ni siquiera pudiendo dudarse seriamente que ello es así y que este principio, no solo se infiere, sino que emana, de la resolución apelada, con lo que ésta debe juzgarse suficientemente apoyada y fundada en legislación vigente.----------

--- Y tampoco es dudoso que todos los aspectos relevantes a considerar para la correcta resolución de la litis han sido computados por el juzgador de grado, quien priorizó –atinadamente- el bienester físico y psíquico de un menor de muy poca edad, quien no está en condiciones de racionalizar lo que sus sentidos capten en un lugar tan poco propicio para los niños, como es un penal.----------

--- No existe la menor dubitación que lo mejor es que los menores se crien con sus padres juntos; que si ello no es posible, que el progenitor que no tiene su custodia, los vea reiteradamente, cuanto más se pueda; pero, como me enseñó sabiamente mi abuelo, muchas veces lo mejor es enemigo de lo bueno. ----------

--- Y cuando las mejores circunstancias no concurren, es a veces tiempo de tomar decisiones que, tal vez originalmente dolorosas para alguien, establezcan un orden de prioridad, un sistema de valores y preferencias, que salvaguarde el derecho más valioso

en juego, visto que no es posible en este caso compatibilizar a todos los que aquí entran en pugna. ----------

--- Y ello nos lleva, de nuevo, al quicio del principio del interés superior del niño, regla angular para trazar la línea bisectriz, que dé corte a esta disputa. ----------

--- Y así el derecho del padre al contacto con el hijo, muy respetable, digno de tutela y consideración debe ceder su lugar a un derecho prevalente, que es el del interés superior del niño, cuya salud física y mental podría verse quebrantada por la frecuentación de un ámbito no favorable para la psique de menores, como es una alcaidía, conforme surge fácilmente de la lectura del informe de fs. 71 de autos. ----------

--- Es más, incluso el informe de fs. 154 que evalúa la visita del padre al menor, cumplida en dependiencias de esta Cámara, es ambivalente en cuanto a sus resultados, toda vez que no puede sacarse de su lectura una opinión plenamente favorable a su desarrollo, sino más bien lo contrario. ----------

--- Y, verdad es que la inconveniencia de que el menor frecuente una cárcel es un dato indudable en autos, como que el informe de fs. 71, emitido por expertos interdisciplinarios en estas problemáticas no se encuentra contradicho más que por opiniones ligeras o alegres de profesionales del derecho, pero no por un sicólogo o experto que permita a esta Sala comprobar que la instauración de un régimen permanente de visitas del niño al padre detenido, no configurará un serio daño para el menor. ----------

--- No es obstáculo para sostener esta afirmación que el episódico encuentro del menor con su padre en la sede de esta Cámara no haya terminado en un desastre; incluso más, cabría dudar del resultado del mismo, a tenor del informe de fs. 154, lo que ninguno de los profesionales del derecho actuantes en autos parece haber tenido en cuenta debidamente. ----------

---- Y, por otra parte, tampoco es factible mantener en el tiempo un régimen de vinculación que exige acordar con múltiples operadores la venida del interno y del niño a esta Sala, lo que hace que todo el sistema propuesto por el accionante, desafíe los límites de la normalidad y de la previsibilidad, pues cualquier imponderable da por el trasto con el elaborado mecanismo de traslado, que exige de demasiadas personas de esfuerzos coordinados y no sustentables en el tiempo. Como ocurrió por ejemplo con la primera de las entrevistas dispuestas entre el menor y su padre que se vio frustrada por un hecho ajeno, como el asueto dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, que produjo que pese a que los dos jueces de esta Sala estuvimos en nuestros despachos ese día, junto con el secretario de Cámara, éste no pudo ubicar a ninguno de los otros operadores actuantes en la causa, pese a los reiterados intentos de localizarlos, para que no se viera frustrada la audiencia. ----------

--- Esto demuestra que un procedimiento de vinculación pautado sobre la base de traslados simultáneos de un niño, un detenido, un equipo técnico, su abuela, pues se

requiere de una presencia conocida para el niño, conforme al informe de fs. 71, resulta inviable como sistema regular, al menos. ----------

--- El voluntarismo no puede, no debe, en estos casos ceder su lugar al derecho, la lógica y sus sabias limitaciones. Sería el fruto de una gran irresponsabilidad, conceder –al menos, en las circunstancias actuales- lo que el actor pretende. ----------

--- Todo ello muestra que, como bien dice el juez de primer voto, disponer la suspensión temporal de los contactos paterno-filiales regulares en este caso no constituye aquí una "violación del orden jurídico" como pretende el apelante, sino el acatamiento de los dictados del principio del interés superior del niño, que no se vería satisfecho de admitirse que un menor fuera sometido a revisiones, controles, de ingreso y egreso de un penal, así como a limitaciones de desplazamiento y actividad, durante esas visitas, amén de ser expuesto a una situación no natural, que podria afectar su salud psiquica.-

--- Es así, que no cabe dudar que en las actuales situaciones disponer favorablémente un régimen de vinculación a cumplirse en la alcaidía es inviable, con lo que el rechazo del primer agravio es inevitable. ----------

--- En cuanto al siguiente ataque del quejoso, relativo a que la a quo no ha dispuesto el establecimiento carcelario brinde un lugar apto para los encuentros de padre e hijo o que se disponga salidas transitorias para el penado, que le permitieran contactos externos con el niño, todo en el marco de las medidas de protección previstas en los arts. 58 y 59 de la Ley III n° 21.- ----------

--- Sobre el particular debe partirse de la base de que dichas normas no contienen ni remotamente las facultades que el apelante desea atribuirles, significando –de disponerse- tales medidas extremas por él sugeridas, una simple intromisión del Poder Judicial dentro del ámbito de competencias de otro Poder, el Poder Ejecutivo, quien es el encargado de establecer las políticas carcelarias y sus necesarias derivaciones, tales como la que aquí se debate.----------

--- Y no debe perderse de vista que ni la juez de grado ni esta Cámara tienen asignadas tampoco competencias para alterar o inmiscuirse en la jurisdicción del Juez de Ejecución de la Pena (art. 399 C.P.P.), que es quien está legalmente facultado para conceder voluntariamente, lo que el apelante pretende obtener aquí compulsivamente. La incompetencia funcional de esta Cámara para disponer favorablemente un régimen de vinculación como el que pretende el actor, es palmaria o evidente. ----------

--- Y no está de más recordar que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de sus propias facultades (Corte Sup., 16/5/1995, JA 1996-IV-Síntesis). ----------

--- Es que el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, así como la interpretación y sistematización de las normas constitucionales y la suplencia de sus lagunas, no incluye ciertamente la facultad de suplir la ley misma (Corte Sup., 17/11/1994, JA 1995-I-369; ídem, 2/12/1993, JA 1994-III-655).----------

--- Los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Corte Sup., 2/12/1993, JA 1996-IV-síntesis; ídem, 21/4/1992, JA 1995-III-Síntesis). ----------

--- Y por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación de las leyes, el principio de separación de los poderes es fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no permitiendo a los jueces prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respectiva al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Sup. Corte Bs. As., 2/4/1991, DJBA 142-113; ídem, 22/2/1994, AyS 1994-I-68; ídem, 17/11/1999, Juba sum. B40641).

--- Todo lo anteriormente patentiza la inviabilidad sustancial del planteo del apelante, que aquí analizamos. ----------

--- Pese a ello y solamente como exhortación, se solicita a la Sra. Juez de ejecución penal actuante, que a fin de prevenir ulteriores episodios funestos o inconvenientes, evalúe con los datos a su disposición la eventual posiblidad de disponer cada cierto tiempo y no con necesaria periodicidad, la posibilidad de que se realicen entrevistas entre el detenido y su hijo en alguna sede tribunalicia apta para tal fin, de modo de dar algún cauce a la pretensión del actor, entendible en su rol de padre, pero inatendible desde la pretensión como fue formulada en autos. ----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 69 CPCyC).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos del Dr. R. E. N., por sus labores de alzada, en la suma de pesos tres mil doscientos sesenta y cinco ($ 3.265), suma que se justifica en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en esta sede (arts. 59 de la Ley V n° 90,5, 6 bis, 7 párrs. 1° y 4°,8, 13,29 de la Ley XIII n° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Frente al acuerdo alcanzado al tratar la precedente cuestión, corresponde confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente y regulando los honorarios del Dr. R. E. N., por sus labores de alzada, en la suma de $ 3.265.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Sala A, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión. ----------

--- Tal mi voto.---------- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de mayo de 2013.---------- -

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia al recurrente.----------

--- REGULAR los honorarios del Dr. R. E. N., por sus labores de alzada, en la suma de $ 3.265.----------

Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

CARLOS A. VELAZQUEZ
JUEZ DE CAMARA

MARCELO J. LOPEZ MESA
PRESIDENTE

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2013 – SDF.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO